

# Privaatrecht en postmodernisme

Citation for published version (APA):

Smits, J. (1997). Privaatrecht en postmodernisme: Over recht en tijdgeest, toegelicht aan de hand van enige civielrechtelijke fenomenen. *Recht en Kritiek*, 23, 155-171.

## Document status and date:

Published: 01/01/1997

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Verschenen in: Recht en Kritiek 23 (1997), p. 155-171

## Privaatrecht en postmodernisme

Over recht en tijdgeest, toegelicht aan de hand van enige civielrechtelijke fenomenen

Jan Smits

'Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination; jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité'.

Gérard Cornu

### 1. Inleiding: een fascinerende gedachte

Het einde van een eeuw gaat doorgaans gepaard met een zeker scepticisme ten aanzien van de verworvenheden van het verleden. De geestesgesteldheid die men kort voor 1900 kon aantreffen was als melancholisch, misschien zelfs als pessimistisch te omschrijven. Baudelaire was rond 1890 een (toen al overleden) cult-figuur geworden, wiens gedichten in de decadente salons van de Europese *happy few* met enige regelmaat werden geciteerd. Tegenwoordig, in ons nieuw *fin-de-siècle* dat ook nog eens gepaard gaat met een millenniumwende, kan men een stroming in het geestesleven aantreffen die enige verwantschap vertoont met die uit het tijdsgewricht van honderd jaar geleden.<sup>1</sup> Ik doel op het postmodernisme, een stroming die moeilijk in een definitie te vangen is, maar die ooit werd omschreven als 'a heightened anxiety about what impact intellectuals have on a world that appears increasingly inimical to the values promoted in the arts and in intellectual work'.<sup>2</sup> Het postmodernisme is — zoals al uit de benaming blijkt — vooral een reactie op het abstracte, zeer pretentieuze, modernisme zoals dat zich in de loop van de twintigste eeuw heeft weten te nestelen in alle geledingen van het maatschappelijk leven. Maar hoewel inmiddels honderden boeken over het postmodernisme het licht hebben gezien, bestaat nog altijd geen eenstemmigheid over wat deze stroming nu precies inhoudt.

Een eerste indruk van het postmodernisme krijgt men door enige 'modernistische' kunstvormen onder de loep te nemen. Wie de schilderijen van het abstract expressionisme bekijkt, vraagt zich in gemoede af hoe men nóg 'hoger' en abstracter bezig kan zijn zonder aan de kunstuiting alle betekenis te ontnemen. Hetzelfde geldt voor de architectuur van Le Corbusier en van Lloyd Wright. Voor de generatie die is opgevoed met de muziek van Mozart en de literatuur van Proust, Joyce en Mann beschouwt hun werk als de ultiem denkbare kunstvormen,<sup>3</sup> zelfs zo ultiem dat iedere poging hen te overtreffen tot mislukken gedoemd is. Al wat men na dit 'hoog modernisme' nog kan, is niet langer pretenderen de enige juiste kunstvorm te zoeken, maar enkel pogen met al bestaande elementen een

---

<sup>1</sup>C.A. van Peursen, *Na het postmodernisme*, 2de dr., Kampen 1994, p. 9. Over het intellectueel aantrekkelijke van fin-de-siècle-perioden ook John Docker, *Postmodernism and Popular Culture*, Cambridge 1994, p. 103 en zie tevens S.W. Couwenberg, *Fehlt uns der Feind? Racisme en fascisme als nieuwe vijandbeelden*, *Civis Mundi* 32 (1993), p. 77.

<sup>2</sup>John McGowan, *Postmodernism and Its Critics*, Ithaca 1991, p. 1.

<sup>3</sup>Vgl. Frederic Jameson, *Postmodernism and Consumer Society*, in: E. Ann Kaplan, *Postmodernism and Its Discontents*, London 1988, p. 13 v.

nieuwe 'collage' te maken. Originaliteit is uit, kopiëren is in. Dit is wel het meest in het oog springende kenmerk van het postmodernisme: in zowel de schilderkunst, de architectuur als de literatuur ziet men tegenwoordig dat men teruggrijpt op verschillende stijlen uit het verleden zonder de pretentie te hebben zelf een nieuwe stijl te creëren; men acht dat laatste eenvoudigweg onmogelijk. Ook Fukuyama's geruchtmakende betoog dat een einde aan de geschiedenis is gekomen,<sup>4</sup> moet in dit licht worden gezien.

Doel van deze bijdrage is om na te gaan of ook in het privaatrecht het postmoderne (en daarmee nauw samenhangende modernistische) levensgevoel is aan te treffen. Dit impliceert dat we ons moeten bezighouden met de — in Nederland sterk verwaarloosde — cultuurhistorische dimensie van het privaatrecht: in hoeverre zijn algemene tendensen uit het maatschappelijke en culturele leven ook in het privaatrecht traceerbaar?<sup>5</sup> Uitgangspunt moet dan wel de idee zijn dat het recht (al dan niet als geesteswetenschap) aan dezelfde wetten is onderworpen als andere maatschappelijke fenomenen zoals de schilderkunst en de literatuur. Het is een fascinerende gedachte: indien zij juist is, zou men in staat zijn om de ontwikkeling van het privaatrecht geheel vanuit de cultuurgeschiedenis te begrijpen en van kritische aantekeningen te voorzien. Hier beperken wij ons tot een eerste aanzet tot een dergelijke geschiedenis, nl. tot de periode van het (post-) modernisme zelf.<sup>6</sup>

Daartoe zal eerst worden getracht het postmodernisme nader te omschrijven aan de hand van enkele kenmerken. Vervolgens wordt getracht enig verband te leggen tussen de rechtsbeoefening en het (post-) modernisme. Dat verband zal voeren naar een enkele kritische gedachte over de stand van het huidige privaatrecht. Benadrukt zij dat in deze bijdrage een aantal tendensen wordt aangegeven dat *in mijn ogen* aanwezig is. Dat anderen die tendensen niet zien of het door mij aangevoerde bewijsmateriaal voor de ontwikkeling naar een postmodern privaatrecht onvoldoende achten, neem ik op de koop toe: in een materie als deze kan zekerheid moeilijk worden verkregen en tellen slechts argumenten. Mijn hoop is enkel dat met deze bijdrage de lezer wordt uitgedaagd zich enige vragen te stellen omtrent het verband tussen (huidige) tijdgeest en recht.

## 2. Het postmodernisme nader beschouwd

Consensus over wat het postmodernisme precies inhoudt, is nimmer bereikt. Dat is deels het gevolg van de onvermijdelijke omstandigheid dat de nodige afstand om een tijdsgewricht te bestuderen ontbreekt wanneer men zich daar midden in bevindt, maar deels ook daaraan toe te schrijven dat zelfs over het bestaan van enige postmoderne periode onzekerheid bestaat. Indien het laatste wel wordt aanvaard —

---

<sup>4</sup>Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, 1992. Het liberale gedachtengoed zou hebben 'overwonnen', doch (sic!) met daarin elementen van sociaal-democratie en Christelijk gedachtengoed.

<sup>5</sup>Aanzetten daartoe wel bij G.C.J.J. van den Bergh, *Themis en de muzen*, diss. Amsterdam 1964, Haarlem 1964 en (in veel mindere mate dan de ondertitel doet vermoeden) P. Gerbenzon en N.E. Algra, *Voortgang des Rechtes; de ontwikkeling van het Nederlandse recht tegen de achtergrond van de Westeuropese cultuur*, Alphen aan den Rijn, div. drukken. Zie ook R.P. Cleveringa, *Kunst en recht*, rede 1950, Arnhem 1950. Op het werk van de Mexicaan De Los Angeles Cagigas, *El Arte como expresión del Derecho* uit 1968 heb ik niet de hand kunnen leggen. Zie over het werk van A. Pitlo onder 3.

<sup>6</sup>De literatuur over postmodernisme en recht is relatief gering. Men zie voor Nederland met name de bijdragen van W.J. Witteveen en A.C. 't Hart in Ankersmit en Kibédi Varga (red.), *Akademische beschouwingen over het postmodernisme*, Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, deel 56, no. 1, Amsterdam 1993, alsmede Wayne Morrison, *Theoretical Criminology*, London 1995, Stuart Henry en Dragan Milovanovic, *Constitutive Criminology: Beyond Postmodernism*, London 1996 en de bijdragen opgenomen in Dennis M. Patterson, *Postmodernism and Law*, Dartmouth 1994.

nog los van de vraag wanneer die periode dan precies aanvangt<sup>7</sup> — definieert men het postmodernisme doorgaans naar de karakteristieken die afwijken van die uit de periode van het modernisme. De volgende kenmerken worden vrij algemeen genoemd.<sup>8</sup>

In de eerste plaats zou het postmodernisme worden gekenmerkt door een afkeer van intellectuele, 'hoge' cultuur. In het modernisme zoals dat zich — met een fundament in het humanisme en rationalisme — vanaf ongeveer 1800 steeds nadrukkelijker begon te ontwikkelen,<sup>9</sup> stond het zoeken naar *de waarheid* centraal. Deze moest worden gevonden in het jonge en nieuwe door de beste leden van de maatschappij. De originaliteit stond daarbij voorop. Of het nu ging om literatuur, schilderkunst of architectuur, steeds was het modernistische programma dat moest worden gebroken met het bestaande teneinde voor eens en voor al de ultieme waarheid te achterhalen. T.S. Eliot's *The Waste Land* uit 1922 en James Joyce's *Ulysses* uit hetzelfde jaar waren weliswaar slechts bereikbaar voor een kleine culturele elite maar welk een pretenties spraken er niet uit deze werken! De *nuda veritas* zou komen te staan tegenover de *Lebenslüge* van de oude wereld, gerepresenteerd door donkere achterafstraatjes, een 'pittoreske' schilderkunst, bedompte woningen waarvan het uiterlijk verbergt wat zich binnenin bevindt.<sup>10</sup> In plaats daarvan grote boulevards, cubisme, een nieuwe architectuur ook waarbij in gebouwen voortaan het licht van de natuurlijke waarheid zou schijnen, niet de duisternis van het verborgene. Le Corbusier schreef dit in 1923 zo op:<sup>11</sup>

'Architecture is the masterly, correct and magnificent play of masses brought together in light. Our eyes are made to see forms in light; light and shade reveal these forms; cubes, cones, spheres, cylinders or pyramids are the great primary forms which light reveals to advantage; the image of these is distinct and tangible within us and without ambiguity. It is for that reason that these are beautiful forms, the most beautiful forms'.

Maar permanent de waarheid in het volle schijnsel van de zon onder ogen moeten zien, maakt doodmoe. In het postmodernisme van de afgelopen 25 jaar wordt daarom een radicale afkeer van dit intellectualisme gepredikt. Er is ooit opgemerkt dat tegenwoordig nog modernist zijn een chronische migraine veroorzaakt. Nadat in zekere zin in de Westerse wereld consensus was ontstaan over de fundamentele Westerse waarden en de enige vraag nog was *hoe* die waarden te verwezenlijken, is die consensus vanaf de jaren '60 afgebrokkeld.<sup>12</sup> De (enige) waarheid bestaat niet langer; er zijn nog slechts elkaar beconcurrerende visies die in beginsel stuk voor stuk van evenveel waarde zijn. Lyotard zelf noemt dit het einde van 'les grands récits':<sup>13</sup> de ideologie is verdwenen omdat men zich realiseert dat alles al eens gezegd is en nu nog iets nieuws verzinnen onmogelijk is.<sup>14</sup> Dit geldt in de architectuur,

---

<sup>7</sup>De jaren '60 worden meestal als beginpunt aangemerkt. Vgl. A. Kibédi Varga, Postmodernisme in de literatuur, in: Ankersmit en Kibédi Varga (red.), 1993, p. 10: 'de laatste twintig jaren'. De filosofische erkenning voert men doorgaans terug op Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Paris 1979.

<sup>8</sup>Zie vooral Stephen Toulmin, *Cosmopolis; The Hidden Agenda of Modernity*, New York 1990, p. 30 v.

<sup>9</sup>Russell A. Berman, *Modern Culture and Critical Theory*, Madison 1989, p. 72: het begintijdstip van het modernisme wordt zowel geplaatst in de tijd van de Renaissance als in de 19de eeuw. Toulmin, 1990, p. 9, beschouwt als beginpunt 1630 met Descartes' rationalisme en Galileo's astronomie.

<sup>10</sup>Berman, 1989, p. 75.

<sup>11</sup>Le Corbusier, *Vers une architecture*, 1923. Geciteerd wordt *Towards a New Architecture*, London 1965, p. 31.

<sup>12</sup>Albert R. Jonsen en Stephen Toulmin, *The Abuse of Casuistry*, Berkeley 1988, p. 304.

<sup>13</sup>Lyotard, 1979.

<sup>14</sup>In het Nederlandse taalgebied geldt Joost Zwagermans *Gimmick!* (1989) als het meest postmoderne boek. Op p. 154 (13de dr., Amsterdam 1995) leest men: 'Wij zien onder ogen dat er geen idealen meer mogelijk zijn in de kunst! (...) Wij zien in dat de

waar tegenwoordig wordt erkend dat het voorop stellen van uniciteit en zuiverheid heeft geleid tot een 'dry expressionism, empty and boring',<sup>15</sup> maar ook in de muziek en in de schilderkunst.<sup>16</sup> De vraag hoe men dan nog te werk kan gaan, leidt ons tot een tweede kenmerk.

In de tweede plaats zou — zoals reeds aangestipt — namelijk typisch postmodern zijn dat men in plaats van een nieuwe waarheid te zoeken, nog slechts oude verworvenheden opnieuw naar voren brengt en wel zodanig dat een mengeling van diverse stijlen, een 'collage',<sup>17</sup> ontstaat. De 'officiële' cultuur — die dan in wezen niet langer bestaat — vermengt zich ook met populaire cultuur, in overeenstemming met de idee dat de ene niet beter is dan de andere. Waar vroeger in hoge mate gescheiden werelden bestonden van enerzijds een hoogstaande kunst, wetenschap of levenswijze en anderzijds pendanten van dit alles voor het 'volk', zo zijn beide werelden thans bijna volledig vermengd. De grootheden van het verleden worden geïncorporeerd in de huidige cultuur en voor alle mogelijke opvattingen geldt:<sup>18</sup>

'they've already been invented; only a limited number of combinations are possible; the unique ones have been thought of already'.

En al wat rest indien origineel zijn niet meer kan, is dode stijlen imiteren. Men moet een masker opzetten en een stem spreken van een der stijlen uit het beschikbare arsenaal, zodat men nog slechts een gevangene van het verleden is.

Voor wie het wil zien, liggen de voorbeelden voor het oprapen. Zo'n tien jaar geleden was het voor een schilder absoluut *not done* om figuratief te schilderen; wie dat wel deed, werd niet beschouwd als kunstenaar, doch hoogstens als een vertolker van een kitscherig levensgevoel.<sup>19</sup> Ook nu is het (nog?) niet zo dat een getrouwe kopie van het huilende zigeunermeisje als kunst wordt beschouwd. Maar op een andere manier keren de beelden waar een vorige of voorvorige generatie zich tegen verzette wel terug, namelijk ingebed in een nieuw soort schilderijen die bestaan uit een *mix* van kitsch en nieuwe elementen.<sup>20</sup> Uit het arsenaal van het verleden haalt men *ad random* de elementen die men wenst te gebruiken, aldus een nieuwe werkelijkheid fournerend aan de belangstellende kijker.<sup>21</sup>

Een ander voorbeeld van deze 'reader's digest culture' kwam mij onlangs onder ogen toen ik een aflevering van het *Limburgs Dagblad* tot mij nam. Hierin was opgenomen een interview met de

---

toekomst een toekomst is van annexeren, kopiëren, plagieren desnoods'. Zie hierover Koen Vergeer, Knippen in de Vara-gids; Joost Zwagerman en het postmodernisme, *Bzzlletin* 24 (1994), p. 68 v.

<sup>15</sup>Zoals verwoord door Robert Venturi, Denise Scott Brown en Steven Izenour, *Learning from Las Vegas*, 1972, nu Cambridge Mass. 1994, p. 103.

<sup>16</sup>Vgl. Berman, 1989, p. 90, die spreekt van het einde van autonome kunst als 'vehicle of truth'.

<sup>17</sup>Vgl. de recensie van Carol Lieberman van het zojuist genoemde boek van Watkins, *History of European Ideas* 22 (1996), p. 48: 'What is the source of our current passion to impose our own 'markings' (...) on Classic great works of art? Why the need to set *Così fan tutte* in a diner, or to see Hamlet run around the stage in pajamas?.'

<sup>18</sup>Jameson, 1988, p. 18.

<sup>19</sup>Vgl. Zwagerman, 1995, p. 265: 'Abstracte kunst is de biedermeiercultuur van de twintigste eeuw'.

<sup>20</sup>Het meest bekend is Pop Art (Warhol, Lichtenstein) met zijn eindeloze herhalingen van beelden uit het dagelijkse leven, maar ook het werk van de jongste generatie schilders (zoals dat van Koons, Lucian Freud en voor Nederland van de om een andere reden bij het grote publiek bekende Rob Scholte) is een exponent van deze stroming. Voor de muziek kan worden gewezen op Igor Strawinsky die bekende muzikale citaten opnieuw arrangeerde (vgl. Glenn Watkins, *Pyramids at the Louvre: Music, Culture and Collage from Strawinsky to the Postmodernists*, Cambridge Mass. 1994) en zelfs op André Rieux's popularisering van klassieke muziek. Voor de architectuur denke men aan de al genoemde Venturi, alsmede aan Bofill.

<sup>21</sup>Een echte 'nieuwe' werkelijkheid is dit dus niet, althans niet in de zin zoals stromingen als de Romantiek of het Modernisme

meubelontwerper Piet Hein Eek (geboren in 1968). De journalist meldt over hem:<sup>22</sup>

‘Piet Hein Eek raast door de cultuurgeschiedenis heen als een Electrolux. Hij zuigt op wat hem raakt en boeit. Uit dit wonderlijke allegaartje van ideeën en materialen recycelt hij vervolgens weer zijn eigen vormen. Herkenning is er wel, maar de mensen weten vaak niet precies wat ze herkennen. Het vertrouwde is uit zijn vertrouwde context gehaald. Een detail van een bushalte, dat verwacht je bijvoorbeeld niet bij een kast’.

Het enkele bestaan van de zogenaamde ‘camp’ — cultuur die vroeger duidelijk ‘volks’ was en werd veracht door het ‘intellectuele’ publiek (bijv. muziek van André Hazes en Koos Alberts, boeken van Jacky Collins) maar nu bij ditzelfde publiek ook populair is — is een ander postmodern fenomeen. Een zanger die met eenzelfde succes zowel zeer gevoelige liederen als geijkte kinderliedjes weet te vertolken,<sup>23</sup> moest Nederland tot de komst van de immens populaire Paul de Leeuw ontberen.<sup>24</sup> De Leeuw beoefent een genre dat volkomen nieuw lijkt: hij gebruikt elementen uit alle mogelijke stijlen, waardoor de originelen deel gaan uitmaken van een nieuw gecreëerde collage. Of de bewerkingen daarbij een satire zijn van het origineel valt moeilijk uit te maken.<sup>25</sup>

Als een derde kenmerk van het postmodernisme wordt wel de afkeer van het individualisme beschouwd. Ging het in het modernisme van Marcel Proust, Thomas Mann, Matisse of Picasso om uitingen van een allerpersoonlijkste emotie in een allerpersoonlijkste stijl, dit individualisme heeft thans afgedaan. Uiteraard hangt dit ook weer nauw samen met het voorafgaande: wie het moeten zijn van origineel als een loodzware last op zijn schouders voelt drukken, heeft niet langer het idee een onvervangbaar element van de maatschappij te zijn. Op het persoonlijk vlak blijkt dit ook hieruit dat niemand tegenwoordig meer comfortabel alleen op een terras of alleen in een restaurant zit terwijl dat vroeger juist normaal was. In de inspirerende roman *The Razor's Edge* van W. Somerset Maugham<sup>26</sup> verblijft de ik-figuur regelmatig in Parijs waar hij de nodige terrassen en restaurants met een bezoek vereert. Niet zo zeer *dit* is opvallend, als wel het feit dat hij dat doet zodra hij een afspraak *ontbeert*. Is het thans in de regel zo dat men in genoemde etablissementen plaatsneemt wanneer men daartoe juist een afspraak *heeft*, zestig jaar geleden was dat in beginsel andersom. Bij een al te groot individualisme voelen wij ons niet langer gemakkelijk.

Ten slotte kan als een vierde, nauw met de voorgaande kenmerken samenhangende, karakteristiek van het postmodernisme, de multi-interpretabiliteit van de werkelijkheid worden genoemd. In overeenstemming met de gedachte dat niet één waarheid bestaat, wordt de werkelijkheid

---

deze pretendeerden te geven. Paul Römer, Gimmick!, *Bzzlletin* 24 (1994), p. 42 spreekt hier van de ‘interculturele werkmethode’.

<sup>22</sup>‘Piet Hein Eek verenigt uitersten’, in: *Limburgs Dagblad* 27 juli 1996, p. 13.

<sup>23</sup>Tot voor kort was de ‘serieuze’ zangkunst van bijv. Ramses Shaffy of Simone Kleinsma duidelijk gescheiden van de ‘populaire’ liederen van Kersten en Alberti; De Leeuw ziet er geen been in om de welbekende ‘Kleine Jodeljongen’ naadloos te laten overgaan in Nijghs ‘Aan de andere kant van de heuvels’, Bram Vermeulens ‘De Steen’ in het carnavalslied ‘Bloemetjes-gordijn’ of ‘k zag twee beren’ in Santings ‘Appels op de tafelsprei’.

<sup>24</sup>Recent werd ik verblijd met een CD van De Leeuw (*Encore*, 1996) waarop deze het postmoderne levensgevoel goed weet te vertolken (beluister bijv. het nummer ‘De ideale mix’).

<sup>25</sup>Zie over deze ‘pastiche-cultuur’ bijv. Matei Calinescu, *Five Faces of Modernity*, Durham 1987, p. 225 v. Onlangs zag ik een overzicht van de ‘Top 40’ van dit moment; de meest populaire muziek blijkt voor een zeer aanzienlijk deel te bestaan uit ‘house’-bewerkingen van hits uit de jaren ‘70 en ‘80. Men hore bijv. de CD-single *Ridin’* van Doop (Clubstitute 2002693), waarop vijf verschillende versies (waaronder een ‘teakwood-mix’) van het bekende ‘Riding on a Storm’.

<sup>26</sup>Oorspronkelijk verschenen in 1944, thans bijv. in Penguin twentieth-century classics, London 1992.

voor de postmodernist gecreëerd door de toeschouwer. De 'werkelijkheid' gaat op in de tekst<sup>27</sup> zodat in beginsel iedere interpretatie even goed is. Ging het er bij het eerste kenmerk om dat de ene theorie niet beter is dan de andere, hier is relevant dat bij het interpreteren van *om het even welke theorie of feitenconstellatie* geen vaststaande normen bestaan. Het hieraan inherente gevaar is dat het waardenrelativisme zich zo ver doorzet dat nog slechts utilitaristisch wordt uitgelegd en uitmondt in een volstrekt nihilistische en opportunistische levenshouding met snel wisselende opvattingen over wat goed en slecht is.<sup>28</sup>

Niet als een echt kenmerk, maar eerder als een gevolg van het postmodernisme moet nog worden genoemd dat in de plaats van de *inhoud* (essentieel in het modernisme) de *vorm* van belang wordt. De presentatie van (een samenstel van) opvattingen wordt belangrijker dan de inhoud ervan. Berman spreekt hier zelfs van 'aestheticization (...) as a crucial medium of manipulation'.<sup>29</sup> Dit verbaast natuurlijk niet: indien men zich realiseert dat de inhoud *an sich* niet langer kan voldoen, rest weinig anders dan trachten deze fraai te verpakken.

Wil het privaatrecht aanspraak kunnen blijven maken op een serieuze plaats binnen het geheel van culturele fenomenen, dan moet het postmodern gedachtengoed, dat kennelijk op vele terreinen van het maatschappelijk leven zijn invloed doet gelden, ook daar zijn aan te treffen. In hoeverre dit werkelijk het geval is, moet thans worden nagegaan. Daar het postmodernisme echter vooral is te beschouwen als een reactie op een te ver doorgevoerd 'modernisme', zou daartoe tevens moeten worden gezien of *dit laatste* gedachtengoed in het Nederlands privaatrecht valt aan te wijzen. In het navolgende zal ik voor vier privaatrechtelijke fenomenen trachten aan te geven hoe de invloed van modernisme en postmodernisme is geweest. Dit lijkt de enige verantwoorde benadering: of het privaatrecht al naar gelang de tijdgeest een ander karakter heeft, kan immers slechts worden vastgesteld aan de hand van een behandeling van onderscheiden thema's, niet in abstracto.

### 3. Interpretatie van wet en overeenkomst

A. Pitlo is één van de weinige Nederlandse auteurs geweest die in 1975 heeft gewezen op een parallelle ontwikkeling van (theorieën over) rechtsvinding en (theorieën over) schilderkunst. Hij bracht te berde dat de opkomst van de non-figuratieve schilderkunst (met als één der belangrijkste exponenten Kandinsky<sup>30</sup>) aan het begin van deze eeuw gepaard ging met het verlaten van het legisme en het omhelzen van de vrije rechtsvinding als de enige mogelijke methode.<sup>31</sup> Noch de visuele werkelijkheid zoals wij die

---

<sup>27</sup>Van Peursen, 1994, p. 11.

<sup>28</sup>Aldus letterlijk Couwenberg, 1993, p. 77 en in dezelfde zin Michael Donaldson, Some Reservations about Law and Postmodernism, *The American Journal of Jurisprudence* 40 (1995), p. 339.

<sup>29</sup>Berman, 1989, p. 94: deze 'expands into all facets of social activity', waarbij gedacht kan worden aan de tegenwoordige gezondheidsmanie (jogging, bodybuilding) met als iconen Schwarzenegger en Stallone. Vgl. p. 85: 'The ubiquity of Muzak tends to obliterate communication and to break down individual resistance, constructing instead the beautiful illusion of a unanimous collective', doch een vals collectief voor Berman, die ook de moderne disco noemt, waar praten onmogelijk is om aldus de zinloosheid van communicatie te onderstrepen.

<sup>30</sup>De jurist Kandinsky schreef zelf over de theoretische onderbouwing van zijn schilderijen, bijv. in het boekje *Über das Geistige in der Kunst* uit 1912 (in Engelse vertaling gepubliceerd in Kenneth C. Lindsay and Peter Vergo (eds.), *Kandinsky Complete Writings on Art*, 2 vols, London 1982), waarvan de eerste zin luidt dat 'every work of art is the child of its time'.

<sup>31</sup>A. Pitlo, *Figuratief — Nonfiguratief Legisme — Vrije Rechtsvinding*, Mededelingen van de Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België; Klasse der Letteren, Jrg. XXXVII, nr. 2, Brussel 1975.

dagelijks waarnemen, noch de wetstekst zelve zijn eenduidig; ieder mens en iedere jurist moeten daar een eigen betekenis aan geven. De schilder en de jurist zoeken naar hetzelfde.<sup>32</sup>

'Want wat voor de beeldend kunstenaar de zichtbare wereld is, is voor de jurist de wettekst. Zoals de kunstenaar graaft achter het zichtbare, zo graaft de jurist achter het voor hem zichtbare: de wettekst. Zoals de kunstenaar de werkelijkheid leert onderscheiden van het visuele, zo leert de jurist te onderscheiden wet van wettekst. In de periode van het legisme is de tekst doel van de interpretatie. De moderne rechtsvinding kent de tekst slechts als middel om tot begrip te komen van hetgeen de wet inhoudt. De legistische jurist vereenzelvigde tekst met wet, zoals de schilder uit de negentiende eeuw het waarneembare vereenzelvigde met de werkelijkheid.'

Moet men deze parallel veralgemenen, dan kan worden gezegd dat in een modernistische visie op interpretatie, uitleg inderdaad moet leiden tot één werkelijkheid; slechts één uitleg zal leiden tot de enige juiste uitkomst. Toegepast op het juridische, zou dit inhouden dat zowel bij wetstekst als bij contractsbepalingen ook slechts één juiste uitleg mogelijk is. In de negentiende eeuw was dit inderdaad de pretentie. Ten aanzien van de wetsuitleg, is het verhaal overbekend: of een uitleg overeenkomstig de wil van de wetgever vereist was,<sup>33</sup> is hier minder relevant dan dat de pretentie bestond dat de uitleg aan vaststaande regels kon worden gebonden. In het Ontwerp-Kemper uit 1816 waren negentien artikelen over 'uitlegging' opgenomen en Meijers stelde nog in 1947 dat bij uitleg weliswaar niet hoeft te worden volstaan met de woorden van de wet en dat zelfs de doelmatigheid mag worden meegewogen, maar dat dit toch binnen bepaalde grenzen moest plaatsvinden, namelijk voor zover dienstig aan het vinden van een bij de wetstekst behorend begrip.<sup>34</sup> Hier komt nog bij dat wat *het orgaan dat uitlegt* aangaat, er sinds de invoering van de Code Civil in 1804 in Frankrijk een ontwikkeling is geweest die inzette met een algeheel interpretatieverbod. Vervolgens werd de (autoritaire) interpretatie opgedragen aan de wetgevende macht (*réfère législatif*), daarna aan de uitvoerende macht (de *Conseil d'État*) om dan eindelijk te onderkennen dat interpretatie door de rechter altijd noodzakelijk is.<sup>35</sup>

In een postmoderne opvatting moet worden onderkend dat het onmogelijk is om door interpretatie tot één werkelijkheid te komen: er ontstaat 'verzet tegen stabiele betekenissen'.<sup>36</sup> Bovendien is er dan niet langer één instantie die een voor iedereen acceptabel laatste woord kan spreken.<sup>37</sup> Vraag is nu of deze fenomenen zich in het Nederlandse privaatrecht voordoen. Wat de wetsuitleg aangaat: in de parlementaire geschiedenis van het nieuw BW valt te lezen dat de aanvulling van leemten 'niet geheel aan het eigen oordeel van de wetsuitlegger (is) overgelaten'.<sup>38</sup> Vrij algemeen wordt aanvaard dat er grenzen zijn aan de uitleg: zeker wanneer de wetgever blijkens de parlementaire geschiedenis bepaalde vragen expliciet op een bepaalde wijze heeft beantwoord met verwerping van andere antwoorden dan die gegeven zijn, is het veel moeilijker om als rechtsvinder alsnog tot een ander oordeel te komen en is

---

<sup>32</sup>Pitlo, 1975, p. 11.

<sup>33</sup>Zie hierover J.H.A. Lokin, De plaats van Meijers in de legistische traditie, in: *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer 1992, p. 5 v.

<sup>34</sup>Zie zijn *Algemene Begrippen*, voorwoord, alwaar wordt verwezen naar zijn *Dogmatische rechtswetenschap*, diss. Amsterdam 1903, p. 121. Zie ook Lokin, 1992, p. 17.

<sup>35</sup>Zie J.H.A. Lokin, Interpretatieproblemen na de codificatie, in: *dez., Tekst en uitleg*, Groningen 1994, p. 83 v.

<sup>36</sup>Aldus Witteveen, 1993, p. 44-45.

<sup>37</sup>Aldus Witteveen, 1993, p. 48-49 met verwijzing naar Fish en diens erkenning dat 'no interpretation is permanent'. Men zie ook Jonsen en Toulmin, 1988, p. 8: 'it becomes clear that no rule can be entirely self-interpreting'.

<sup>38</sup>C.J. van Zeben (red.), *PG: Algemeen deel*, Deventer 1962, p. 125.



men in beginsel 'gebonden' aan de wet.<sup>39</sup>

Tot het oordeel dat diverse organen elk voor zich een eigen interpretatie aan de wettelijke regeling mogen geven en dat die interpretaties in beginsel gelijk zijn, is het evenmin gekomen. Dat interpretatie in eerste instantie moet plaatsvinden door de rechter (en dat die door de Hoge Raad belangrijker is dan die door lagere rechters) is de heersende opvatting.<sup>40</sup> Deze is duidelijk ingegeven door de gedachte dat een dergelijke uitleg *beter* is dan een andere vanwege de grotere autoriteit van de hoogste rechter. Zolang men blijft vasthouden aan de idee dat een met staatsgezag beklede rechtsbron beter is dan een andere, *ongeacht de kwaliteit van die bron*,<sup>41</sup> kan een 'postmodern privaatrecht' in de zin van een gelijkwaardigheid van interpretaties en interpretatoren ook nimmer worden bereikt.

Wat de uitleg van de overeenkomst aangaat, moet worden gemeld dat daaromtrent in het oude BW (artt. 1378-1387) regels waren opgenomen en dat de uitleg aanvankelijk geschiedde aan de hand van in beginsel één allesbepalende factor, immers de wil van contractspartijen. Bekend is dat die uitlegregels in 1992 uit het BW zijn verdwenen en dat de uitleg tegenwoordig mede geschiedt aan de hand van de 'redelijkheid en billijkheid' en in het licht van de omstandigheden van het geval.<sup>42</sup> Zonder hier te treden in de vraag in hoeverre uitleg van de overeenkomst ons in staat stelt iedere gewenste uitkomst te bereiken, zij wel gemeld dat thans een veel minder strak keurslijf bestaat waarin de uitleg wordt gedwongen dan vroeger het geval was en dat bovendien wordt onderkend dat de ene uitleg van dezelfde woorden even goed kan zijn als een andere uitleg, mits deze maar blijft vallen binnen de marges van het vertrouwensbeginsel. Maar dat dit laatste een zeer open beginsel is waarmee men nog vele kanten uit kan,<sup>43</sup> is misschien dan wel tekenend voor het huidige tijdsgewricht.

#### 4. Codificatie en rechtsvinding

Harry Mulisch schreef in zijn *De ontdekking van de hemel*<sup>44</sup> over moderne architectuur:

'En wat je momenteel ziet (...) is de onverwachte terugkeer van al die klassieke motieven, al die stylobaten en schachten en kapitelen en friezen en tympanen, — gelukkig weer op menselijke maat, maar ook op een totaal geschifte manier. Het is net alsof ergens hoog in de ruimte het klassieke ideaal is ontploft en dat de scherven en splinters nu op aarde neervallen, alles door elkaar, vervormd, gebroken en uit balans'.

Dit citaat lijkt wel bij uitstek toegeschreven op de situatie die inzake de rechtsvindingstheorie in Nederland is ontstaan met de invoering van een nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992. Die invoering lijkt immers op zijn minst merkwaardig in het licht van veranderde opvattingen omtrent de betekenis van de wet. Waar sinds de Verlichting een grote betekenis wordt gehecht aan het legaliteitsbeginsel,<sup>45</sup> is

---

<sup>39</sup>Zie Asser-Vranken, *Algemeen Deel*, Zwolle 1995, no. 141 v. Maar voor een radicalere visie zie men mijn *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, diss. Leiden 1995, Arnhem 1995, p. 71 v.

<sup>40</sup>Vgl. Asser-Vranken, 1995, no. 80.

<sup>41</sup>Zie daarover mijn *De vergissing der XII Tafelen, Recht & Kritiek* 22 (1996), p. 395 v.

<sup>42</sup>Zie Asser-Hartkamp II, Zwolle 1993, no. 281 en HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

<sup>43</sup>Vgl. Smits, 1995, p. 145 v.

<sup>44</sup>Amsterdam 1992, p. 617-618.

<sup>45</sup>Vgl. J.H.A. Lokin en W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, 2de dr., Groningen 1992, p. 20 v. en zie algemeen ook Toulmin, 1990, p. 8 v.

tegenwoordig nog maar de vraag in hoeverre de daaraan ten grondslag liggende argumenten althans voor het burgerlijk recht nog opgaan. Aan codificatie ligt — los van nationalistische motieven die bij het nieuw BW geen rol speelden — het streven ten grondslag het recht helder en overzichtelijk weer te geven opdat de rechtsvinder beter in staat zal zijn tot 'rechtvaardige' uitkomsten te komen. Daarnaast wordt de rechtszekerheid bevorderd en vindt bescherming van de burger ten opzichte van de overheid in enige zijner fundamentele vrijheden plaats.<sup>46</sup>

Deze argumenten lijken echter een visie op het privaatrecht te veronderstellen die wellicht niet meer van deze tijd is. Men realiseert zich tegenwoordig dat wetgeving een noodzakelijke noch voldoende voorwaarde is voor het bereiken ener 'juiste' uitkomst en het geloof in rechtszekerheid, *enkel door de wet* lijkt passé.<sup>47</sup> Men ziet tegenwoordig toch meer in een systematische of jurisprudentiële ontwikkeling van het recht. Maar enerzijds aanvaarden wij dat laatste, anderzijds vindt toch codificatie plaats. Natuurlijk kan men wijzen op het belang van de vele open normen in het huidige BW, die de rechtsvinder in staat stellen om niet gecodificeerde elementen te laten meewegen bij zijn oordeel, doch van een consequente privaatrechtelijke ideologie op het terrein van de rechtsvinding kan dan moeilijk nog worden gesproken: waar met een codificatie ideologisch wordt gepretendeerd al het relevante recht neer te leggen,<sup>48</sup> doet het in afwijking van die pretentie *bewust* inbouwen van open normen denken aan het eerder als tweede genoemde kenmerk dat elementen uit diverse leren worden geïntegreerd in een *collage*. Men kan die open normen immers slechts duiden aan de hand van een andere rechtsvindingstheorie, zoals die van Fikentscher<sup>49</sup> of Dworkin<sup>50</sup>, doch voor hen heeft codificatie een hele andere betekenis dan voor de nieuw BW-wetgever. Ook wanneer men aan zou nemen dat de functie van codificatie is veranderd, dan nog zou de wetgever zich daarvan rekenschap moeten geven en dat is niet fundamenteel geschied.

Het nieuw BW lijkt daarmee nog slechts met een typisch postmodern cynisme te kunnen worden beschouwd. Men kan de wet niet langer helemaal au sérieux nemen en indien men toch codificeert, bestaat op het terrein van de rechtsvinding daarmee niet langer één heersende leer. Ook hier is het 'klassieke ideaal', ditmaal van een wettelijke regulering van de rechtsvinding, 'ontploft' en daarvoor in de plaats is niet één uniforme leer van vrije rechtsvinding of van welke andere wel omschreven theorie dan ook gekomen, maar zijn het integendeel elementen uit zowel de legistische leer als uit andere theorieën die zich in 'scherven en splinters' aan ons opdringen. Nog los daarvan is wetgeving *überhaupt* wel gekwalificeerd als een 'modernistisch project',<sup>51</sup> thans een relict uit vervlogen tijden.<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup>Vgl. nog R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators & Professors*, Cambridge 1987, p. 152 v.

<sup>47</sup>Vgl. de discussie zoals weergegeven bij J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. Tilburg 1992, Deventer 1992, p. 193 v.

<sup>48</sup>Dus met principiële uitsluiting van andere oplossingen. Zie Alan Watson, *Legal Transplants*, Edinburgh 1974, p. 88 v.

<sup>49</sup>Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts* Bd. IV, Tübingen 1977, p. 202 v. en zijn 'Fallnormtheorie'.

<sup>50</sup>Ronald Dworkin, bijv. in *Law's Empire*, Cambridge Mass. 1986, p. 225 v. en zijn 'law as integrity'.

<sup>51</sup>Witteveen, 1993, p. 45.

<sup>52</sup>Jonsen en Toulmin, 1988, p. 10 zien als alternatief voor regels praktische wijsheid: 'human experience long ago developed a reasonable and effective set of practical procedures for resolving the moral problems that arise in particular real-life situations. These procedures came to be known as "casuistry"'. Dit verloor zijn goede naam 300 jaar geleden met de opkomst van een geometrisch denken.

## 5. Een autonoom privaatrecht?

Met name in Amerika is thans een debat aanhangig omtrent de mate waarin het privaatrecht als een autonoom rechtsgebied valt te beschouwen. Waar Fukuyama sprak van het einde der geschiedenis, daar spreekt een auteur als Posner thans van het afsterven van het recht als afzonderlijke discipline.<sup>53</sup> Weinrib stelt over deze heersende functionalistische benadering:<sup>54</sup>

'Because the functionalist goals are justifiable independently and the law's purpose is to reflect them, the study of the law becomes parasitic on the study of the nonlegal disciplines (economics, political theory, and moral philosophy (...)) that might validate these goals. (...) Law provides only the authoritative form into which the conclusions of nonlegal thinking are translated. The governing presupposition is that the content of law cannot be comprehended in and of itself, simply as law'.

Ook de aanhangers van de Critical Legal Studies hebben er op gewezen dat er niet één, neutraal en objectief, recht bestaat, maar dat de regels van het hier en nu zijn ingegeven door één bepaalde (liberaal-kapitalistische) visie op de maatschappij. Het komt er op aan dit recht als politiek te ontmaskeren. Zo kan het huidige contractsbegrip plaats maken voor een andere, bijvoorbeeld feministische, zwarte of homoseksuele visie op het contractenrecht.<sup>55</sup> Evident is dat deze tendens afvoert van het modernisme: de objectieve waarheid (die bestaat uit slechts één mogelijk recht) maakt plaats voor even zovele waarheden als er opvattingen zijn. Niet langer de wereldwijde ambitie van het modernisme, maar een pluraliteit van ideeën.<sup>56</sup>

In Nederland heeft 't Hart ook gesproken van het einde van het recht. Hij signaleert dat wat thans recht wordt genoemd, alleen de naam zou 'gemeen hebben met hetgeen onder recht verstaan werd in de moderne tijd, maar eigenlijk niet meer zijn dan een techniek van sociale beheersing ter implementatie van beleid'.<sup>57</sup> Een dergelijk instrumentalistisch rechtsbegrip treft men in het privaatrecht mijns inziens echter niet aan, in elk geval niet expliciet. De heersende leer lijkt te zijn dat het privaatrecht *aere perennius*, duurzamer dan brons, is<sup>58</sup> en dat de regels en begrippen van het algemene vermogensrecht al eeuwen dezelfde zijn en nog eeuwen dezelfde zullen blijven. Zo al sprake is van beleid, bestaat dit uit een bescherming van zwakkere deelnemers aan het rechtsverkeer. Essentieel is echter dat dit 'beleid' door wetgever en rechter wordt gevoerd met het traditionele begrippenapparaat van het privaatrecht. Om twee voor de hand liggende voorbeelden te noemen: de consumenten beschermende regeling der algemene voorwaarden van afd. 6.5.3 BW is ingebed in een contractenrechtelijke terminologie, de verregaande aansprakelijkheid van de gemotoriseerde verkeersdeelnemer<sup>59</sup>

---

<sup>53</sup>Richard A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987*, *Harvard LR* 100 (1987), p. 761 v. Zie over dit debat mijn recensie in *R & R* 25 (1996), p. 219 v.

<sup>54</sup>Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge Mass. 1995, p. 6.

<sup>55</sup>Zie mijn 'A brooding omnipresence in the sky': over rechtsontwikkeling en buitenlandse rechtsliteratuur, in: *WPNR* 6207 (1996), p. 44-47 en voor kunstenaars geïnspireerd door genoemde thema's Edward Lucie-Smith, *Movements in Art since 1945*, 3rd. ed., London 1995, p. 269 v.

<sup>56</sup>Docker, 1994, p. 89. In het rapport van de Verkenningcommissie Rechtsgeleerdheid (de cie. Franken), *Een eigen richting voor het recht* (1996) wordt bepleit dat de bestudering van het recht als autonoom fenomeen plaats moet maken voor een meer geïntegreerde benadering.

<sup>57</sup>A.C. 't Hart, De strafrechtelijke waardendiscussie en het postmodernisme, in: Ankersmit en Kibédi Varga (red.), 1993, p. 56. Hij sluit aan bij Witteveen, 1993, p. 45, die stelde dat 'via het recht (...) sturingspretenties in regels (worden) vastgelegd'.

<sup>58</sup>A. van Oven, *Aere perennius; over de onvergankelijkheid van het privaatrecht*, oratie Leiden 1956, Zwolle 1956.

<sup>59</sup>Zie het overzicht bij T. Hartlief en R.J. Tjittes, *NTBR* 1996, p. 31 v.

wordt geconstrueerd met behulp van traditionele civielrechtelijke leerstukken als de zorgvuldigheidsnorm en eigen schuld. Dit kan men natuurlijk een 'politieke' invulling van het privaatrecht noemen mits men zich maar realiseert dat op die manier het recht altijd politiek is geweest en politiek zal blijven.

Op één belangrijk en actueel terrein lijkt de instrumentalistische visie echter meer expliciet aan de oppervlakte te komen. De idee dat het mogelijk is tot een min of meer uniform Europees privaatrecht te komen wint veld op een — vanuit wetenschappelijk oogpunt — onthutsende wijze.<sup>60</sup> Vele artikelen op dit terrein zijn namelijk programmatisch: het uitgangspunt is dat unificatie politiek gewenst is en de enige vraag die rest is *hoe* deze tot stand te brengen. Men is dan geneigd om slechts de overeenkomsten en niet de verschillen tussen rechtsstelsels aan te geven.<sup>61</sup> Hier is een duidelijke verschuiving gaande: waar twintig jaar geleden het juridisch forum in meerderheid meende dat unificatie vanwege te grote verschillen tussen bijv. *civil* en *common law* onmogelijk was, lijkt datzelfde forum — met nationale rechtsstelsels die nauwelijks veranderd zijn - thans het tegendeel te menen. Vanuit een politiek of instrumenteel oogpunt is dit zeer begrijpelijk, doch vanuit wetenschappelijk oogpunt minder. Slechts een enkele criticus als Pierre Legrand beweert anders:<sup>62</sup>

'(...) if one forgoes a surface examination in terms of legal *mentalités*, one must come to the conclusion that legal systems, despite their adjacence within the European Community, have not been converging, are not converging and will not be converging. It is a mistake to suggest otherwise.'

## 6. Rechtsliteratuur

Stephen Toulmin beschrijft in zijn *Cosmopolis* dat vanaf de zeventiende eeuw een ontwikkeling in de wetenschap heeft plaatsgehad van het praktische naar het theoretische, door hem samengevat in de slagzinnen 'Formal logic was in, rhetoric was out', 'General principles were in, particular cases were out', 'Abstract axioms were in, concrete diversity was out' en 'The permanent was in, the transitory was out'.<sup>63</sup> Tegenwoordig zouden deze tendensen in omgekeerde richting gaan.<sup>64</sup> Niet slechts de retoriek keert terug, maar ook de casuïstische benadering en de gedachte dat iedere oplossing slechts een tijdelijke is.

Is een dergelijke verschuiving van 'modernisme' naar 'postmodernisme' ook in de privaatrechtelijke rechtsliteratuur van deze eeuw aan te wijzen? Zoals bekend kan de rechtsliteratuur worden beschouwd als een spiegel voor het algemene rechtswetenschappelijke klimaat in een bepaalde periode<sup>65</sup> en in die zin is het instructief ons daarin te verdiepen. Eerstens zou men dan moeten zoeken

---

<sup>60</sup>Het verschijnen van de *Unidroit Principles for International Commercial Contracts* (Rome 1994) en van *The Principles of European Contract Law* (deels nog in concept) heeft hieraan een belangrijke impuls gegeven.

<sup>61</sup>Zie bijv. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Cape Town 1990, p. xi: 'But it would appear to be a fruitful exercise (...) to concentrate one's attention, for once, not so much on the distance and the differences between common law and civil law as on their proximity and similarities'.

<sup>62</sup>European Legal Systems are not Converging, *ICLQ* 45 (1996), p. 61-62.

<sup>63</sup>Toulmin, 1990, p. 30 v.

<sup>64</sup>Toulmin, 1990, p. 186 v.

<sup>65</sup>Zie vooral A.W.B. Simpson, *The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature*, *The University of Chicago LR* 48 (1981), p. 632 v.

naar uitingen van het modernisme met zijn nadruk op logica, algemene beginselen, abstracte noties en creativiteit van de individuele auteur. Dergelijke literatuur valt natuurlijk wel aan te wijzen. Ik denk met name aan de breed opgezette en ambitieuze studie van E.M. Meijers over het Ligurisch erfrecht.<sup>66</sup> Meijers tracht daarin immers een geheel eigen theorie met aanspraak op universele erkenning te ontwikkelen over de geografische spreiding over Europa van een bepaald type erfrecht. Hiertoe onderzocht hij het erfrecht van vóór de codificaties van vele streken op zoek naar gemeenschappelijke kenmerken. Tekenend voor zijn modernistisch streven is de slotalinea van *Het Oost-Vlaamsche erfrecht* uit 1936:<sup>67</sup>

'Het is de keuze, die steeds aan het slot van onze studiën zich als noodzakelijk aanwijst. Hoe alleen deze keuze kan gedaan worden, is na al het reeds door ons opgemerkte niet twijfelachtig: een zoodanige parallele evolutie zonder eenige bekende oorzaak moet als te onwaarschijnlijk en in strijd met de ervaring verworpen worden'.

Slechts één conclusie dringt zich aan Meijers als juist op, ruimte voor twijfel is er niet. Maar voor het onderhavige betoog essentieel is dat Meijers' theorie nu juist door de volledige rechtshistorische wereld van zijn tijd is verworpen. Zijn theorie was voor hem de universele en onontkoombare waarheid, met daaraan verbonden het risico dat anderen hem niet zouden volgen (een risico dat de postmodernist met zijn geringere pretenties veel minder loopt).

Men kan wijzen op andere werken die worden gekenmerkt door een onvoorwaardelijk geloof in de juistheid van het betoogde en de verleiding is groot om zich dan te beperken tot boeken van vóór de opkomst van het postmodernisme,<sup>68</sup> maar dat zou niet verantwoord zijn. Men kan namelijk moeilijk volhouden dat dit soort werken tegenwoordig plaats hebben gemaakt voor een ander genre boeken waarin meer uiting wordt gegeven aan de relativiteit van de ideeën die men zelf ontwikkelt en die dus een minder hoge waarheidspretentie hebben. Hoogstens kan men verwijzen naar de nogal eens geuite klacht dat in de huidige Nederlandse privaatrechtswetenschap een tekort aan grondslagenonderzoek bestaat,<sup>69</sup> maar of dat in het verleden veel anders was, kan men betwifelen. Ook wordt wel opgemerkt dat tegenwoordig de literatuur zich te veel richt op becommentariëring van rechterlijke uitspraken.<sup>70</sup> Hier zou men wel van een postmoderne tendens kunnen spreken. Dergelijke literatuur wordt immers vooral bekritiseerd omdat deze doorgaans niet veel toevoegt aan de uitspraak zelf: in sommige 'nieuwsbrieven' bestaat de annotatie soms in hoofdzaak zelfs uit een herhaling van de uitspraak zelve. Dat past prachtig in de postmoderne kopieerdrang: waar Andy Warhol objecten uit het dagelijks leven tot in het oneindige kopieert, daar bestaat een bepaalde vorm van juridische literatuur uit het diverse malen herhalen ('recyclen') van de rechterlijke uitspraak. Maar het is ook postmodern om deze tendens niet te moraliseren: die vorm van literatuur is niet beter of slechter dan welke andere vorm ook.

---

<sup>66</sup> *Le droit Ligurien de succession en Europe occidentale*, dl. 1 verschenen in 1928 en *Het Ligurische erfrecht in de Nederlanden*, 3 dln. verschenen tussen 1929 en 1936; het werk omvat in totaal meer dan 1000 blz. Meer delen waren door Meijers voorzien.

<sup>67</sup> *Het Ligurische erfrecht in de Nederlanden deel III*, Haarlem 1936, p. 96.

<sup>68</sup> Men denke aan zo'n pretentieuze werk als van F.B. Coninck Liefsting, *De algemeene beginselen van het bezitrecht*, Leiden 1869 (615 pp.), maar ook aan de breed opgezette handboekenseries over het burgerlijk recht als van C.W. Opzoomer, G. Diephuis en C. Asser, die thans niet snel meer geschreven zullen worden. Vgl. A. Pitlo, interview met een civilist, 1982, in: *Van Een van de acht*, Arnhem 1988, p. 99.

<sup>69</sup> Zie H.C.F. Schoordijk, Het (privaatrechtelijk) dogmatisch tekort, *NJB* 1996, p. 1001 v.

<sup>70</sup> Zie de diverse bijdragen aan *WPNR* 6207 (1996), alsmede Asser-Vranken, 1995, no. 174.

## 7. Verandert het privaatrecht van karakter?

Het wordt tijd om een enkele conclusie te trekken op grond van de bovenstaande, wellicht als speculatief aan te merken, beschouwingen. Dat de Romantiek in de literatuur samenviel met de Historische School in de rechtswetenschap, is geen toeval. Voor wie een liefhebber is van de avonturen van Sherlock Holmes, is het moeilijk om de geschriften van Conan Doyle te lezen zonder onmiddellijk aan legistische deductie te moeten denken. Zo lijkt ook een enkele parallel te trekken tussen het thans vigerende postmodernisme en het privaatrecht. Daartoe wordt teruggekeerd naar de vier kenmerken die onder 2 zijn genoemd.

Wat in de eerste plaats de idee aangaat dat alles al is bedacht en dat creativiteit niet langer mogelijk is in het recht, zij opgemerkt dat men deze idee bij sommige auteurs wel aantreft. Indien het privaatrecht immers inderdaad *aere perennius* is, kan men slechts op beperkte schaal wijzigingen aanbrengen en hoogstens bepaalde regels anders systematisch ordenen dan eerder gebeurde.<sup>71</sup> Een dergelijke opvatting lijkt mij echter niet typisch voor dit tijdsgewricht: een vooruitgangsgeloof heeft in het privaatrecht nooit zulke goede papieren gehad. Dat — ten tweede — tegenwoordig een collage van stijlen prevaleert boven één algemeen aanvaarde theorie is in het bovenstaande wel gesteld voor wat de rechtsvinding aangaat, doch kan op andere terreinen niet worden aanvaard. Hoogstens kan men wijzen op de 'terugkeer' van de retoriek: uit het beschikbare civielrechtelijke arsenaal hale men de argumenten die dan op retorisch verantwoorde wijze naar voren worden gebracht.<sup>72</sup>

Als derde kenmerk werd genoemd het verlaten van de gedachte dat iedere mens uniek is en unieke prestaties kan voortbrengen en dat het nog slechts uit vervangbare individuen bestaande collectieven zijn die iets fraais tot stand kunnen brengen. In een wetenschappelijke wereld die wordt geregeerd door onderzoeksscholen en expertisecentra kan men wel iets van dit fenomeen proeven, maar doorgaans wordt de oprichting van deze instituten door de meeste juristen, de bestuurders dezer organen inbegrepen, gezien als een noodzakelijk middel om de gewenste financiën te werven voor *individueel* onderzoek.<sup>73</sup>

Maar dat een collectivering op strikt juridisch terrein gevolgen heeft, staat buiten kijf. Zo is er op gewezen dat het huidige privaatrecht vooral is toegesneden op individuele personen waar de maatschappij verregaand is gecollectiveerd.<sup>74</sup> Het is zelfs al een cliché om te melden dat contracten- en onrechtmatige daadsrecht in hun klassieke vorm met een nadruk op respectievelijk wil en schuld niet langer in staat zijn om recht te doen aan deze collectivering.

Ten slotte werd gewezen op de relativiteit van waardenopvattingen. In het huidige privaatrecht lijkt men die niet zo aan te treffen, maar wellicht is daar een goede reden voor. Dat in beginsel iedere opvatting even goed is, heeft immers zo zijn gevaren. Couwenberg — die geïnspireerd door 'My way' spreekt van een 'Sinatra-doctrine' — stelt dat waardenrelativisme leidt tot culturele nivellering en

---

<sup>71</sup>Zie vooral Th. Mayer-Maly, *Die Wiederkehr von Rechtsfiguren*, JZ 26 (1971), p. 1 v., alsmede H. Kooiker, *Lex scripta abrogata*, diss. Groningen 1996, Nijmegen 1996, p. 489 en 498.

<sup>72</sup>Zie voor deze 'return to the oral' (Toulmin, 1990, p. 186) met name J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer 1992, vooral p. 93 v.

<sup>73</sup>Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *Het klimaat van het rechtswetenschappelijk onderzoek in Nederland*, WPNR 6207 (1996), p. 17 v.

<sup>74</sup>Zie met name J.B.M. Vranken, *Schaalvergroting in het vermogensrecht*, NJB 1995, p. 1400 v.

fragmentering van de samenleving.<sup>75</sup> Donaldson meent dat het recht *überhaupt* niet als postmodern fenomeen mag worden beschouwd omdat dit bijvoorbeeld zou leiden tot de idee dat het niet schenden van mensenrechten even goed is als het wel schenden van mensenrechten.<sup>76</sup>

'The question that needs to be asked is, "How much should we tolerate? Are we to tolerate the murder of six million Jews, racism, poverty, or homophobia?" (...) law is something special. Law is not just another human construct, like a chair or a building'.

Of deze redenering ook opgaat voor het privaatrecht, hangt vooral af van de visie die men daarop heeft. Wie de politieke dimensie der regels — en daarmee hun contingentie — benadrukt, zal eerder geneigd zijn verbanden te zien tussen tijdgeest en recht dan wie die regels beschouwt als gegeven voor overal en eeuwig. Ook in die laatste opvatting moet echter worden aanvaard dat ontwikkeling van het privaatrecht mogelijk is, ook al is die misschien slechts gelegen in een veranderde manier van omgaan met bestaande regels. Dat het privaatrecht en tijdgeest met elkaar verbonden zijn staat voor mij dan ook buiten twijfel. Het is echter aan de lezer of hij de hier aangevoerde argumenten op het deelterrein van postmodernisme en recht als legitiem wil aanvaarden.

## Summary

In this contribution the question is raised whether there are any postmodern tendencies in Dutch private law. After having discussed some characteristics of postmodernism in a more general setting, our attraction is drawn to the phenomena of interpretation of contracts, codification, the way judges handle rules, legal literature and the autonomy of private law. The relationship between *Zeitgeist* and private law turns out to be closely related to the way private law is looked at. The author defends that if private law is considered to be a cultural phenomenon, it should develop along the same lines as *e.g.* art, music and architecture. Some evidence for a parallel development of these disciplines can be found.

---

<sup>75</sup>Couwenberg, 1993, p. 77.

<sup>76</sup>Donaldson, 1995, p. 338 en 345.